



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65) Nº 5009507-78.2018.4.03.6100 / 9ª Vara Cível Federal de São Paulo
AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
PROCURADOR: PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

REU: MICROSOFT INFORMATICA LTDA, UNIÃO FEDERAL
Advogados do(a) REU: GIORGIO BERTACHINI D ANGELO - SP376055, GUILHERME RIZZO AMARAL - RS47975

S E N T E N Ç A

Trata-se de Ação Civil Pública, proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face de **MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA** e da **UNIÃO FEDERAL**, com pedido de tutela provisória de urgência e/ou de evidência, antecipadas, objetivando a concessão de provimento jurisdicional que condene a ré MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA à obrigação de fazer, no sentido de, em prazo não inferior a 15 (quinze) dias, adotar todas as providências necessárias para adequar todas as licenças e/ou software do sistema operacional Windows 10, para que, como regra, não mais colete informações e dados pessoais de seus usuários, por meio dos seguintes procedimentos mínimos:

- a) doravante as instalações e atualizações do referido software do sistema Windows 10, na modalidade típica, de mais facilidade e comodidade para o usuário/consumidor, sejam realizadas, sem que o sistema esteja programado para coletar qualquer dado pessoal do usuário/consumidor, notadamente aqueles já apontados nesta exordial e exemplificados na informação técnica juntada às fls. 06/10;
- b) que qualquer coleta de qualquer dado pessoal dos usuários/consumidores somente se dê, com expressa e prévia autorização destes, observando-se o art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com alertas específicos, no momento da opção, acerca das consequências de tal autorização, que deverá se dar para cada tipo de dado ou informação pessoal que será coletado, do que ela implica, quanto a acesso de dados e violação da intimidade e vida privada, além dos direitos previstos nos incisos do art. 7º, da Lei do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14.

c) seja lançada imediata atualização dos sistemas operacionais Windows 10 em uso, para que todos os usuários atuais possam usufruir das medidas previstas nas alíneas anteriores;

d) seja dado (às expensas da Microsoft) amplo conhecimento da imposição de tais obrigações de fazer, nos meios de comunicação social que tenham maior alcance para o público-alvo atingido (usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10), comprovando-se tal providência, nos autos;

E em relação à **UNIÃO FEDERAL** pugna o autor, igualmente, a título de tutela de urgência e/ou de evidência, antecipada, condenação à obrigação de fazer, consistentes em **apresentar**, no prazo máximo de 30 (trinta) dias:

a) plano emergencial de proteção de dados e informações de todos os seus computadores (desktops, laptops, smartphones, tablets etc.), que porventura utilizem o sistema operacional Windows 10;

b) informações sobre as providências que já adotou ou pretende adotar relativamente aos fatos aqui relatados e, notadamente, diante das considerações que foram apresentadas ao Ministério Público Federal, em 05/2016, pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (documento de fls. 79/82);

c) adotar as providências necessárias para fiscalizar a implementação das obrigações de fazer determinadas por esse r. Juízo, aplicando as sanções cabíveis administrativas, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10, inclusive, se entender necessário, firmando convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para executar tal fiscalização (tudo conforme arts. 22 e 23 do Anexo do Decreto nº 9.150/2017).

Como provimento de mérito requer a confirmação, em sentença final, das tutelas jurisdicionais provisórias, de urgência e evidência, requeridas.

Relata o autor que foi apurado no **Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81**, que acompanha a inicial, que a empresa Microsoft Informática Ltda colocou no mercado, em 2015, e, desde então, comercializa, licenças de uso do Sistema Operacional Windows 10, em diversas versões, para uso em computadores pessoais e profissionais.

Aduz, todavia, que o produto funciona em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, à medida em que coleta dados pessoais dos usuários, mesmo sem uma expressa e destacada permissão deste (art.7º, IX, da Lei 12.965/14), e os envia à empresa, ferindo de morte os princípios constitucionais da pessoa humana, da inviolabilidade, da intimidade da vida privada, da honra e imagem e dos relativos às relações de consumo.

Pontua que, segundo informações dos órgãos técnicos do Órgão Ministerial, a empresa requerida informa no Termo de Licença do produto (fls. 11/17) e na Política de Privacidade (fls. 18/21) que coletará dados durante o uso do software.

Esclarece que tais dados são transferidos constantemente pelo sistema operacional e ficam sob controle da empresa e armazenados a uma identificação de usuário que pode ser combinada a uma conta da Microsoft.

Salienta que, contudo, esse procedimento de coleta de informações dos usuários (que constam desses dois documentos extensos normalmente não acessados pelos usuários: Termo de Licença do produto e Política de Privacidade – fls. 11/21), não é esclarecido de forma clara, precisa, expressa e especialmente destacada aos usuários/consumidores (art. 6º, III, Lei nº 8.078/90 e art. 7º, IX, Lei 12.965/14).

Além disso, durante a instalação e atualização do sistema operacional, a Microsoft apresenta como opção padrão a ativação dessa coleta massiva de dados.

Ressalta que essa é a opção mais simples de ser efetivada, já que basta ao usuário clicar para instalar, sem a necessidade de ficar lendo e habilitando individualmente as suas preferências, para ficar imune à coleta de seus dados.

Afirma que é imperioso lembrar que alguns usuários poderão nem mesmo identificar as consequências das suas escolhas.

Aduz que a desativação dessa coleta de dados, apesar de ser parcialmente possível, é tarefa complexa e trabalhosa, e, certamente, usuários domésticos que não possuem familiaridade em customizar aplicativos (ou seja, a esmagadora maioria das pessoas) terão dificuldades para impedir o envio dos seus dados e, conforme esclareceu a Assessoria Técnica do Ministério Público Federal em São Paulo (Informação Técnica de fls. 06/10), último parágrafo de fl. 09, os consumidores/usuários, na maioria das vezes, desconhecem o real impacto desta falta de privacidade.

Discorre sobre os direitos e garantias dos usuários da Internet, a partir da edição da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), ressaltando que a mesma lei estabelece garantia do direito à privacidade nas comunicações, como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet (artigo 8º, caput), sendo nulas de pleno direito quaisquer cláusulas contratuais que violem essa disposição, tais como aquelas que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela internet.

Assevera que a proteção de dados pessoais ultrapassa o dado em si, alcançando a personalidade do indivíduo, e, por isso, a possível coleta de dados pessoais pelo “Windows 10” encontra, entre outros, limite na própria Constituição Federal atual, quando essa expõe como garantia fundamental a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).

Aduz que, no caso, a coleta de dados pelo Windows 10 é informação de suma importância, que deve ser pronta e claramente percebida pelo consumidor, conforme preceitua o artigo 31 do CDC.

Pontua que, tendo como fundamento o artigo supracitado, a disponibilização da informação, por si só, não basta. Essa deve ser correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa. O consumidor deve facilmente compreender as informações apresentadas.

Conclui, assim, que o simples aceite, quase que automático, pelo consumidor da versão recomendada pela Microsoft no Windows 10 não pode ser tido como suficiente para compreensão de todas as suas consequências.

Por fim, aduz que o sistema de telemetria que era facultativo nas versões anteriores do sistema, passou a ser “obrigatório” com o Windows 10, e que, de outro lado, a Microsoft praticamente forçou a atualização dos usuários das versões 7 e 8 para a 10, indicando com isso que as informações a serem coletadas dos usuários são valiosas para ela, sem, contudo se preocupar, na extensão e profundidade que o marco legal determina, com a privacidade dos usuários/consumidores.

Em relação à União Federal pontua que esta tem o indeclinável munus público de tutela dos consumidores, mas, mesmo ciente do quadro aqui retratado, se omite, injustificadamente, quanto a tal mister. E que o marco legal vigente não deixa dúvidas dos deveres-poderes da União, quanto à proteção dos direitos dos consumidores quanto ao tema aqui tratado (art. 5º, X e XXXII; art. 22, IV; art. 170, V; art. 221, IV e § 3º, Constituição Federal, bem como art. 106, I, do Código de Defesa do Consumidor, além dos arts. 22 e 23 do Anexo do Decreto nº 9.150/2017).

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez milhões de Reais).

A inicial veio acompanhada de documentos.

Sob o ID nº 6624612 o autor requereu o aditamento à inicial, para incluir requerimento de concessão de tutela de urgência e/ou evidência em relação à Microsoft Informática Ltda, para que seja condenada em obrigação de não fazer consistente em, imediatamente, deixar de utilizar, para fins comerciais, os dados já coletados, até o momento, dos usuários (tais como localização, calendário, aplicativos que usa, etc), do software Windows 10, excetuado o uso exclusivamente para segurança do sistema e dos usuários, inclusive de privacidade, e a concessão de tutela em sentença final, após o término da intrusão processual.

Foi proferida decisão que, deferiu em parte, e em menor extensão o pedido liminar, para determinar que a Microsoft adotasse procedimentos específicos, no prazo de 30 (trinta) dias, de modo a permitir que o usuário do sistema operacional Windows 10, em caso de não autorizar o uso de seus dados, tivesse ferramenta operacional e de interface que permitisse o exercício de tal opção de forma simples, fácil e direta, tanto quanto a interface operacional que permite a atualização do sistema com a autorização da coleta de dados do usuário. Determinou-se que, para tanto, deveria a ré informar, no referido prazo, os procedimentos alterados, com vistas a equalizar as duas situações operacionalmente, do ponto de vista da facilidade, simplicidade, e clareza para realização das opções, informando o Juízo (id nº 6756635).

Citada, a MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA opôs embargos de declaração, em face da decisão que deferiu parcialmente a tutela antecipada ao caso, solicitando esclarecimento sobre o seu cumprimento e fosse sanada a omissão em relação à audiência de conciliação

prevista no artigo 334 do CPC (Id nº 7445716).

A MICROSOFT requereu a concessão de prazo para realização de prazo para que, em conjunto com o autor (MPF) pudesse viabilizar acordo para verificar possíveis mudanças havidas no sistema operacional Windows 10 e seu eventual impacto no presente feito (id nº 7756761), pedido seguido da anuência, por petição, do Ministério Público Federal (id nº 7886678).

Foi proferida decisão, que deferiu a suspensão do feito, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, como requerido pela MICROSOFT, e determinou que, ao final do prazo, se manifestasse o autor sobre as conclusões obtidas pelas áreas técnicas dos órgãos, acerca da mudança no sistema operacional Windows 10, e eventual interesse na realização de audiência de conciliação, postergando-se a análise sobre eventual manutenção ou revogação da tutela antecipada (id nº 7941157).

A UNIÃO FEDERAL apresentou contestação (id nº 9121453). Arguiu a **preliminar de ilegitimidade passiva.** Isso porque o questionamento sobre a solução tecnológica desenhada pela Microsoft não é de sua responsabilidade (União). E que, aliás, dada a complexidade da matéria, nem teria a União Federal condições técnicas de prever a existência das falhas conforme aponta a parte autora. Nesses termos juntou as Informações nº 88/2018/CSA-SENACON/CGTSA/GAB-DPDC/SENACON/MF, extraída do so Administrativo nº 00734.001324/2018-18, com destaque para o itens 16 e ss, verbis:

(...)

III. Dos Subsídios aos Argumentos da União

16. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor teve suas competências reguladas pelo Decreto nº 9.150/17. Entre elas, destaca-se:

Art. 23. Ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor compete:

(...)

III - analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores, entidades representativas ou pessoas jurídicas

de direito público ou privado;

(...)

XV - promover e manter a articulação com os órgãos da administração pública federal, com os órgãos afins dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e com as entidades civis ligadas à proteção e à defesa do consumidor;

XXI - acompanhar os processos de autorregulação dos setores econômicos, com vistas ao aprimoramento das relações de consumo;

17. A Portaria nº 905, de 24 de outubro de 2017, por sua vez, estrutura o Departamento, estabelecendo que se subdivide em coordenações que lidam, cada uma, com:

- monitoramento de mercado;

- consultoria técnica e sanções administrativas;

- gestão do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor;

-cooperação técnica e capacitação (incluindo a Escola Nacional de Defesa do Consumidor).

18. A Portaria também prevê detalhadamente as atribuições de cada coordenação.

19. Considerando apenas as várias competências do DPDC e as ações que implementa na defesa do consumidor, por meio de suas coordenações, é fácil perceber que o Departamento funciona como órgão de política pública por excelência, promovendo o que foi posto no CDC (Capítulo II - "Da Política Nacional de Relações de Consumo).

Os processos administrativos sancionatórios, também regulados por instrumentos legais (Decreto n. 2.181/97) são apenas um dos meios para a consecução dessa Política.

20. Certo é, portanto, que DPDC não age como um órgão com atribuições semelhantes às do Poder Judiciário quando em julgamento de contenciosos. Isso não significa que o Departamento seja omissor. A consecução de política pública, principalmente no que tange a matéria ainda não regulada em legislação específica (proteção de dados), faz-se respeitando os princípios e leis existentes e também bisando à eficiência das medidas adotadas para o atingimento dos objetivos previstos na legislação, sem que isso implique, necessariamente, em sanção do mercado.

21. No caso em questão, diante da ausência de lei, o Departamento sugeriu, em sede de consulta realizada ao órgão, propor que a Microsoft reforçasse as ações nesse sentido, em atenção ao disposto no art. XXI, do art. 23 do Decreto nº 9.150/17. Ao mesmo tempo, o DPDC empreendeu esforços para a plena regulação da proteção de dados no Brasil, também de acordo com o referido Decreto (art. 23, inc. XIII, XIV XX).

22. Nota-se, portanto, que o Departamento não se furtou e não se furta a atuar na defesa do consumidor, apenas não o fez por meio de processo administrativo sancionatório, de acordo com a discricionariedade permitida por lei no caso em análise.

23. Ademais, é preciso observar que, consoante consta da própria inicial, a aquisição dos sistemas operacionais ou das máquinas equipadas com os sistemas operacionais Windows 10, foi ação realizada pelo ilustre Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cabendo àquela Pasta expor os motivos e os termos que levaram à aquisição, inclusive no que tange aos mecanismos de proteção dos dados dos usuários.

24. Finalmente, esclarece-se que este Departamento atua na fiscalização e repressão de condutas que lesivas aos direitos dos consumidores, conduzindo rotineiramente investigações e processos sancionadores, no melhor interesse do consumidor. IV. Conclusão

25. Tendo em vista as considerações acima, este DPDC espera ter prestado o auxílio necessário à defesa da União no sentido subsidiar a defesa da União.

26. Sugere-se, de tal forma, o encaminhamento do presente documento à Advocacia Geral da União para que possa adotar as providências cabíveis ao caso em tela, buscando a manutenção da exigibilidade da multa, evidenciado seu caráter pedagógico.

(...)

Ainda em sede de contestação, requereu a União Federal a juntada de informações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG (Id nº 9121453, pag.12 e ss), cuja área técnica demandada informou que o Ministério do Planejamento já utiliza solução centralizada de atualizações do Sistema Operacional Windows, realizando apenas correções críticas e de segurança do ambiente, que a área técnica entende ser indispensáveis para o funcionamento adequado e seguro do parque de estações e informou-se acerca da existência da Portaria nº 372, de 13 de Novembro de 2017, que instituiu a Política de Segurança da Informação e Comunicações do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. E também em contestação foram juntadas informações do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, informando que criou-se Grupo de Trabalho (Portaria 7 GSI/PR), com o objetivo de elaborar proposta de Política Nacional de Segurança da Informação – PNSI. Que, além disso há a pretensão de publicar uma nova norma complementar que versará exclusivamente sobre proteção de dados pessoais, de acordo com a tramitação do PLS 330/2013, que cria um marco regulatório de proteção de dados pessoais, atualmente em discussão no Senado Federal, além de informar que quanto ao acompanhamento da matéria, a convite do SERPRO, o GSI/PR, por meio do CTIR Gov manteve um representante participando como observador em testes realizados no Centro de Transparência da Microsoft em Brasília, mas que o relatório final de tais testes ainda não recebido (id nº 9121453). Aduziu a União Federal, assim, que, da análise das informações prestadas pelos órgãos acima é possível depreender com muita clareza que o Governo Federal adota e sempre adotou as medidas pertinentes à segurança das informações que trafegam pelas máquinas de seus órgãos, revelando sua intenção de continuamente verificar quaisquer falhas que possam existir no sietam Windows 10 para prontamente corrigi-las. Que não há como se negar, de fato, que as inovações tecnológicas existem e são inevitáveis, cabendo à Administração Pública, dentro dos seus limites, avaliar a pertinência de utilização ou até de migração de um sistema operacional para outro., Ocorre, porém, que não é possível prever a existência de falhas no sistema, as quais somente são detectadas com o seu uso.

Instandas as partes a informarem se pretendem produzir provas, informou o Ministério Público Federal não ter provas a produzir, concordando com o julgamento antecipado da lide (id nº 52716463), tendo a União Federal informado, igualmente, não ter provas a produzir, requerendo, inclusive, na forma prevista no Termo de Ajustamento de Conduta entre autor e Microsoft, a extinção do feito, nos termos do artigo 487, III, b, do CPC (id nº 47994962).

De outro lado, aduziu que também não pode a Administração Pública teorizar ou mesmo questionar aspectos da solução tecnológica desenvolvida pela empresa Microsoft, que trata-se de ingerência que foge à razoabilidade. E que do modo como afirmado na petição inicial parece que a empresa Microsoft intencionalmente se vale de estratégias para usurpar informações dos seus usuários, alegação que não se sustenta em provas robustas, vale dizer. Pontuou que cabe frisar que a Administração Pública, antes de realizar contratações e disseminar orientações para a instalação do uso do sistema operacional atacado, ela se certifica junto ao provedor do serviço sobre as garantias que ele oferece, ao mesmo tempo em que impõe ao prestador do serviço a forma como o serviço deve ser prestado. E que não é razoável impor à

Administração Pública a responsabilidade pela ocorrência de eventuais falhas de funcionamento de um sistema de natureza tão complexa, definido por empresa de reputação mundialmente reconhecida. Sendo assim, crê-se que a União encontra-se arrolada no polo passivo da demanda inadequadamente, dado que contra ela não existe pretensão resistida. Isto é, não há lide propriamente dita, ao contrário, a União tem mostrado incessantemente conjugar esforços em prestigiar a proteção dos direitos dos consumidores, bem como a segurança no tráfego de suas informações. Pontuou que a questão principal a ser discutida refere-se à configuração de um sistema operacional e suas possíveis brechas. Em outras palavras, deveria ter sido ajuizada somente contra a Microsoft. E na Justiça Estadual. E que, não fosse assim, todos os demais entes federados do país, como Estados e Municípios também deveriam ter sido arrolados na presente ação, porque certamente são usuários do sistema operacional Windows 10. Pugnou pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva, e, no mérito, pela improcedência da ação.

O Ministério Público Federal requereu a concessão de prazo, a fim de aguardar a conclusão do laudo pericial no âmbito do parquet federal (id nº 9169539), pedido que foi deferido (id nº 9273827).

O Ministério Público Federal requereu a juntada de laudo técnico pericial, elaborado pelo próprio MPF (Laudo Técnico nº 0217/2018 – ANPTI/CNP), requerendo a prorrogação de prazo de suspensão do feito, para esclarecimentos integrais necessários para avaliar a postura a ser adotada na presente ação (id nº 10494260), pedido que foi deferido (id nº 10845345).

Após o deferimento de sobrestamento do feito sob os ids nºs 12613394, 15489871, 18408533, 21629789, 23912571, 25957535, 25985754, 291722110, manifestou-se o Ministério Público Federal, informando que celebrou acordo com a MICROSOFT, conforme Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, pugnando pela sua homologação, por sentença (id nº 31096787).

A MICROSOFT requereu, igualmente, a homologação do acordo, por sentença, nos termos do artigo 487, III, “b”, e artigos 515, II e III, do CPC (id nº 31102154).

Foi proferida decisão, que converteu o julgamento em diligência, para que a MICROSOFT juntasse aos autos instrumento de Procuração, com poderes especiais para celebrar o “TAC”, e que as partes se manifestassem sobre a alteração da cláusula Terceira do TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) celebrado entre a MICROSOFT e o Ministério Público Federal, com a retificação quanto ao pagamento da importância de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), por parte da MICROSOFT, mediante depósito judicial, para que fosse tal valor destinado integralmente em favor do Fundo de Despesa dos Direitos Difusos, nos termos do §2º, do artigo 13, da Lei nº 7347/85 e §2º, do artigo 1º, da Lei nº 9800/95 (id nº 31483249).

Juntada de instrumento de Procuração, com poderes especiais, pela MICROSOFT (id nº 31874197).

A MICROSOFT manifestou-se, apresentando minuta de alteração da Cláusula Terceira do “TAC”, requerendo a sua homologação (id nº 32214374).

O Ministério Público Federal manifestou-se, requerendo a juntada de novo Termo de Ajustamento de Conduta, adaptando a cláusula terceira, sobre a destinação dos recursos financeiros, para que possam ser destinados a ações de interesse social, ou ao Fundo, de que trata o artigo 13, da Lei nº 7347/85. Pugnou pela sua homologação, por sentença (id nº 32345666).

A União Federal manifestou-se, pugnando pela sua exclusão da lide, pugnando pela concessão de prazo para manifestar-se sobre a destinação do valor pago pela MICROSOFT, se deverá ser destinado integralmente ao FDD ou para ações de interesse social, como requerido pelo MPF (Id nº 33042003).

Foi proferida decisão que homologou, por sentença o acordo entabulado entre a MICROSOFT e o Ministério Público Federal, instrumentalizado no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, assinado pelas partes em 15/05/2020, ressaltando o Juízo, apenas o parágrafo segundo da Cláusula Terceira do “TAC”, no tocante a destinação do valor que seria destinado aos valores depositados pela Microsoft, que este Juízo se reservou a apreciar, oportunamente – se seria destinado ao autor, ou ao Fundo de Direitos Difusos, consignando que não haveria qualquer óbice ao cumprimento integral de todas as demais cláusulas do ajuste homologado. Na mesma decisão, consignou-se que prosseguindo a ação apenas em relação à União Federal, viessem os autos conclusos para deliberação (id nº 34620180).

O Ministério Público Federal manifestou ciência dessa decisão, e do aguardo da decisão acerca da destinação dos valores que serão depositados pela MICROSOFT, após manifestação do Fundo de Direitos Difusos (id nº 35603419).

A MICROSOFT manifestou ciência da homologação do Termo de Ajustamento de Conduta, e requereu a juntada do comprovante de depósito judicial, no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), cuja destinação seria analisada pelo Juízo (Id nº 35980716).

A União Federal requereu a juntada de documentos enviados pela Coordenadoria Geral de Contencioso do Ministério da Justiça, mediante a NOTA JURÍDICA n. 00375/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, com orientação para que os valores destinados ao FDDD seja destinado ao Conselho Federal Gestor dos aludidos recursos (id nº 35998822).

Foi proferido despacho, determinando a intimação do autor, para manifestar-se sobre os documentos juntados pela União Federal, e sobre a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pela União Federal, e para ciência do comprovante de depósito judicial juntado pela MICROSOFT (id nº 36692416).

Manifestação do Ministério Público Federal sobre a preliminar de ilegitimidade passiva e contestação da União Federal. Aduziu que restou comprovada a atuação ineficiente do ente público, conforme afirmado na petição inicial, instruída com documentos comprobatórios. E que, de resto o próprio acordo aqui firmado com a Microsoft também é revelador da atuação ineficiente da União, já que não fosse a atuação do Ministério Público Federal o tema ainda estaria em aberto e os consumidores. Pontuou que, entendimento diverso significa deixar consumidores entregues à própria sorte, mesmo porque de nada adiantaria a fixação de que a Microsoft implementará novos recursos de privacidade no sistema operacional Window 10 para

usuários brasileiros, em observância da legislação que regula o tratamento de dados pessoais no Brasil – o que, no caso, foi obtido por acordo entabulado entre a Microsoft e o Ministério Público Federal (Id. 32345667), sem que a União adotasse as providências necessárias para, na sua esfera de atuação, fiscalizar a implementação dessas medidas, homologadas por esse r. Juízo. Aduziu que o acordo celebrado entre a Microsoft e o Ministério Público Federal, constitui importante providência, mas, por si só, não é suficiente para dispensar a União de seu papel, de acordo com o marco legal aqui reproduzido, de apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor a tutela adequada, promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10, bem como garantindo a proteção de dados e informações de todos os seus computadores (desktops, laptops, smartphones, tablets etc.), que porventura utilizem o sistema operacional Windows 10, medida que representa a proteção não apenas da Administração Pública federal, mas de seus administrados. Aduziu que, sob o prisma da sociedade informacional, cujas relações e negociações são cada vez mais intermediadas por meios digitais, um momento marcado por avanços tecnológicos e por um volume incomensurável de dados transmitidos a uma velocidade inédita. Um cenário que demanda atuação dos órgãos responsáveis, com fiscalização e regulação minimamente satisfatórias para que seja garantida a segurança dos membros da sociedade. Que tanto é assim que o dever estatal de zelar pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos usuários de novas tecnologias teve seus contornos recentemente delineados pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Que, nada obstante a demanda tenha sido apresentada sob uma perspectiva também consumerista, ela não se encerra nisso, a questão posta envolve a coleta e tratamento de dados pessoais de usuários/consumidores brasileiros, e nesse ponto importa ter presente que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709/2018, criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei em todo o território nacional. E seu artigo 55-J, ao elencar suas competências, apenas reforça sua legitimidade para que a União figure como parte nesta ação civil pública (fl.859). Pontuou que, se é certo que o acordo celebrado nos autos pela Microsoft e pelo Ministério Público Federal não afasta a obrigação da União de fiscalizar a implementação das obrigações assumidas pela Microsoft de adequação do sistema operacional Windows 10, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir futuras infrações às normas de defesa do consumidor, forçoso reconhecer que o quadro normativo foi enriquecido desde o ajuizamento da presente ação civil pública, na medida em que foram consolidadas importantes diretrizes na Lei Geral de Proteção de Dados, com medidas que, se efetivamente operacionalizadas pela União, podem alterar o quadro fático de omissão identificado pelo Ministério Público Federal. Por fim, aduziu que, ainda que se entenda que se configurou, no caso, carência superveniente, em razão de eventual ilegitimidade superveniente da União (em razão do acordo aqui firmado – art. 485, VI, do Código de Processo Civil), o que se admite apenas a título de argumentação, ainda assim, isto não interfere na legitimidade ativa do Ministério Público Federal (ante a atuação insuficiente da União na tutela dos consumidores e da proteção de dados pessoais) e, portanto, na competência da Justiça Federal.

Nova manifestação do Ministério Público Federal que, em longo arrazoado insistiu na autorização do uso dos valores depositados judicialmente pela MICROSOFT, para uso em atividades ligadas à defesa dos interesses difusos indicadas no “TAC e elencadas como

alternativos os projetos apresentados no tópico IV, a serem selecionados, nos termos dos editais que seguiram anexo, sem prejuízo da apresentação de outros projetos, dentro do prazo previsto no “TAC” (Id nº 37476059).

Reiterou o autor sua manifestação, juntando cópia de decisões favoráveis ao uso de parte do valor depositado judicialmente pela MICROSOFT, para implementação dos projetos que indicou, em anexo (id nº 40561464).

A União Federal manifestou ciência acerca do último despacho proferido nos autos (id nº 41514820).

Foi proferida decisão, que converteu o julgamento em diligência, para determinar que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, justificando a sua pertinência, e indeferiu o parágrafo 2º, da Cláusula Terceira do “TAC”, reformulado sob o Id nº 32345667, que previa que o Ministério Público Federal aplicaria o valor depositado pela MICROSOFT, em ações diversas, que não a prevista legalmente, homologando-se o Parágrafo Terceiro da aludida Cláusula Terceira, que prevê que “os recursos serão destinados ao Fundo de Direitos Difusos de que trata o artigo 13, da Lei Federal nº 7347/1985”. No mesmo *decisum*, consignou-se que, após o trânsito em julgado da decisão, deveria o valor depositado pela MICROSOFT ser integralmente convertido em favor do Fundo de Direitos Difusos. Ademais, que a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pela União, se confundia com o mérito, e com ele seria analisada (Id nº 47456923).

A União Federal manifestou-se, informando o código GRU, e o órgão – FDD- para transferência do valor depositado pela MICROSOFT, e informou requerer, igualmente, a extinção do feito, em relação a si, nos termos do artigo 487, III, “b”, do CPC, informando não ter interesse em produzir provas (Id nº 47994962).

O Ministério Público Federal informou não ter outras provas a produzir, pugnano pelo julgamento antecipado da lide (id nº 52716463).

Foi proferida decisão, que determinou que se expedisse ofício à CEF, para transferência do valor depositado judicialmente, pela MICROSOFT, no Id nº 35980740, na conta nº 0265, Op.005, conta nº 864211122, nos termos do artigo 13, da Lei 7347/85, em favor do Fundo de Direitos Difusos, e que, após, viessem os autos conclusos para sentença (id nº 53823624).

O Ministério Público Federal manifestou ciência acerca da decisão supra (id nº 54510685).

Foi certificada a expedição de ofício eletrônico à Caixa Econômica federal, para transferência dos valores depositados judicialmente para conta à disposição do FDD (id nº 44679418).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Verifico, inicialmente, que estão presentes as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à legitimidade das partes, e a presença do interesse processual.

Estão igualmente presentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, em virtude do que, passo ao julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 355, inciso I, do CPC.

Preliminarmente, observo que a Ação Civil Pública é instrumento processual previsto na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais, de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como regra, a Ação Civil Pública não pode ser utilizada para a defesa de direitos e interesses disponíveis, nem para interesses propriamente privados, salvo se, pela sua abrangência e dispersão, puderem interessar a grupos, classes ou categorias de pessoas que se encontrem na mesma situação de fato e de direito, como no caso dos interesses individuais homogêneos.

O instituto, embora não possa ser chamado de ação constitucional (como a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI), tem, segundo a doutrina, um "status" constitucional, já que a Constituição coloca a sua propositura como função institucional do Ministério Público (art. 129, II, III e IV, da Constituição Federal), mas sem dar-lhe exclusividade (art. 129, § 1º, da Constituição Federal), pois sua legitimidade é concorrente e disjuntiva com a de outros colegitimados (Art. 5º da Lei n. 7.347/85).

Disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a Ação Civil Pública tem por objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística, ao patrimônio público e social, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

A grande vantagem do processo coletivo em geral é que se trata de um canal de acesso à jurisdição, por meio do qual muitas vezes milhares ou até milhões de lesados individuais encontram solução para suas lesões, sem necessidade de terem que pessoalmente contratar advogado para acionar a Justiça, assim evitando julgamentos contraditórios, pois a sentença no processo coletivo, se procedente, beneficiará a todo o grupo lesado, com grande economia processual.

No caso em tela, atua o Ministério Público Federal, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, bem como, do artigo 6º, inciso VII, alínea "c" da Lei Complementar nº 75/93, **visando a proteção de interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos ao consumidor, usuário do sistema operacional Windows 10, no tocante ao direito à proteção da intimidade e privacidade, no tocante a coleta de dados do usuário em face do sistema operacional.**

Sem dúvida, a gama de usuários do sistema operacional em questão, utilizado por milhares de pessoas no Brasil, tanto pessoas jurídicas, quanto naturais, autoriza falar-se em direitos difusos coletivos ao presente caso.

Assim, atua o Ministério Público em defesa do direito indivisível de um grupo de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base, circunstâncias caracterizadoras do interesse coletivo a que se refere o art. 81, parágrafo único, II, da Lei n. 8.078/90.

E o art. 129, inc. III, CR/88 é expresso ao conferir ao *Parquet* a função institucional de promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

No caso, tendo em vista que houve a homologação judicial de acordo, mediante **Termo de Ajustamento de Conduta** entre a **Microsoft Informática Ltda e o Ministério Público Federal**, com a extinção parcial do feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, III, “b” do CPC, conforme decisão proferida sob o Id nº id nº 34620180, Termo de Ajustamento de Conduta que envolveu, não somente o pagamento do valor de reparação dos danos, no importe de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), que foram destinados ao Fundo de Direitos Difusos, previsto na Lei nº 7347/85, como encerrou compromissos/assunção de obrigações de conduta por parte da MICROSOFT, de rigor, inicialmente, trazer a lume os termos em que a referida empresa se obrigou quanto ao objeto da ação, que envolve, efetivamente a adoção de providências necessárias para adequação de todas as licenças e/ou software do sistema operacional *Windows 10*, para que, como regra, não mais colete informações e dados pessoais de seus usuários.

No ponto, reproduz-se, novamente, os termos da decisão proferida por este Juízo, sob o Id nº 34620180, que apreciou os termos do “TAC”, e que, ao ver deste Juízo, englobam, de forma significativa – embora não total, o objeto da presente ação, sobretudo, as **cláusulas 1ª e 2ª, em que houve a assunção do compromisso da MICROSOFT quanto ao trato de dados pessoais (coleta, recepção, acesso, reprodução de dados), em consonância com a legislação de regência, notadamente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18)**, observando que a cláusula 3ª foi a que mencionou o pagamento reparatório ao FDD, *verbis*:

(...)

“Trata-se de Ação Civil Pública, precedida do Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81, de titularidade do Ministério Público Federal, por meio do qual se buscou investigar a colocação no mercado, no ano de 2015, da comercialização de licenças de uso do Sistema Operacional Windows 10, em diversas versões, para uso em computadores pessoais e profissionais.

Segundo informações dos órgãos técnicos do Órgão Ministerial, a empresa Microsoft informaria no Termo de Licença do produto (fls. 11/17) e na Política de Privacidade (fls. 18/21) que coletaria dados durante o uso do software. Tais dados seriam transferidos constantemente pelo sistema operacional e ficariam sob seu controle (da empresa) e armazenados a uma identificação de usuário que pode ser combinada a uma conta da Microsoft.

Contudo, esse procedimento de coleta de informações dos usuários não esclareceria de forma clara, precisa, expressa e especialmente, destacada aos usuários/consumidores (art. 6º, III, Lei nº 8.078/90 e art. 7º, IX, Lei 12.965/14). Além disso, durante a instalação e atualização do sistema operacional, a Microsoft apresentaria como opção padrão a ativação dessa coleta massiva de dados.

Assim, a presente ação foi proposta, objetivando a proteção à inviolabilidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (usuários), garantia fundamental (CF, art.50, X), bem como, o sigilo da correspondência de dados, das comunicações telefônicas, dentre outros, no escopo do comando da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que assegura os direitos à inviolabilidade e sigilo do fluxo de comunicações pela internet (artigo 7º, II), o não fornecimento a terceiros, de dados pessoais, inclusive, registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo consentimento livre, expresso sobre a coleta (artigo 7º, inciso IX), etc.

Verifica-se, assim, que o questionamento formulado na presente ação, que tem por objeto o Sistema Operacional "Windows 10" insere-se no amplo contexto da disponibilização correta da informação que o consumidor deve ter, e compreender, ao permitir o acesso a seus dados em programas de computador.

No caso em tela, formulou o Ministério Público Federal os seguintes pedidos, em relação à MICROSOFT:

- a. que doravante as instalações e atualizações do referido software do sistema Windows 10, na modalidade típica, de mais facilidade e comodidade para o usuário/consumidor, sejam realizadas, sem que o sistema esteja programado para coletar qualquer dado pessoal do usuário/consumidor, notadamente aqueles já apontados nesta exordial e exemplificados na informação técnica juntada às fls. 06/10;
- b. que qualquer coleta de qualquer dado pessoal dos usuários/consumidores somente se dê, com expressa e prévia autorização destes, observando-se o art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com alertas específicos, no momento da opção, acerca das consequências de tal autorização, que deverá se dar para cada tipo de dado ou informação pessoal que será coletado, do que ela implica, quanto a acesso de dados e violação da intimidade e vida privada, além dos direitos previstos nos incisos do art. 7º, da Lei do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14.
- c. que seja lançada imediata atualização dos sistemas operacionais Windows 10 em uso, para que todos os usuários atuais possam usufruir das medidas previstas nas alíneas anteriores;
- d. que seja dado (às suas próprias expensas, da Microsoft) amplo conhecimento da imposição de tais obrigações de fazer, nos meios de comunicação social que tenham maior alcance para o público-alvo atingido (usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10), comprovando-se tal providência, nos autos;

Nesses termos, verifica-se que o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado entre as partes (Ministério Público Federal e Microsoft), juntado sob o Id nº 32345567 (fl.774 e ss), atende, efetivamente, do ponto de vista material, ao objeto da ação, observando-se a seara da indisponibilidade dos direitos difusos, no caso, os usuários do sistema Operacional Windows 10.

Observo que a Cláusula Primeira do “TAC” estabelece o compromisso da MICROSOFT em promover modificação na interface de instalação do Windows 10, no formato proposto no “Anexo 1”, para usuários brasileiros, que lhes permita, escolher, de forma livre, informada e inequívoca, qual a opção de coleta de dados ele definirá para o seu equipamento, com amplo esclarecimento sobre a coleta de dados pelo sistema. Nela encontram-se elencadas as diversas providências operacionais para tal implementação

O Parágrafo Primeiro, da referida Cláusula Primeira, estabelece que tais alterações ocorrerão já no processo de instalação da próxima versão do Windows 10, bem como, na atualização dos dispositivos que utilizem versões anteriores, nos termos do Anexo 1.

O Parágrafo Segundo estabelece que as alterações serão implementadas com o próximo lançamento principal do Windows 10, até no máximo, 15 de agosto de 2020.

O Parágrafo Terceiro, por sua vez, detalha as versões do Windows 10 abrangidas pelo acordo, ressaltando, expressamente, que não engloba as versões corporativas do Windows, o Windows 10 Mobile ou o Windows 10 IoT Core. E que referências a “Windows 10” no acordo dizem respeito somente às versões do Windows 10 para uso de consumidores individuais.

A Cláusula Segunda resguarda, em linhas gerais, o compromisso da MICROSOFT com o tratamento de dados pessoais (coleta, recepção, acesso, reprodução, armazenamento, eliminação, boa fé), nos termos do inciso II, do artigo 6º, da Lei nº 13.709/18, que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em vigor, desde 14/08/2018

Por fim, a Cláusula Terceira prevê que, sem reconhecer responsabilidade ou culpa pelos fatos descritos na presente Ação Civil Pública, ou mesmo a ilicitude destes, a MICROSOFT pagará o valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, após a homologação do presente acordo, mediante depósito judicial vinculado ao Juízo da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo, em esforço para solucionar, de forma amigável, o processo, e como uma contribuição para fomentar iniciativas do Ministério Público Federal

(...)

Após análise dos aspectos formais e materiais do referido “Termo de Ajustamento de Conduta” este Juízo homologou o acordo, extinguindo o processo, com resolução do mérito, ressaltando, apenas o parágrafo segundo, da cláusula Terceira do “TAC”,

acerca da destinação do valor a ser depositado pelo MICROSOFT, que, ao depois, terminou por se decidir que fosse efetivamente destinado ao Fundo de Direitos Difusos, criado pela Lei nº 7347/85.

Pois bem.

É entendimento do Juízo que a presente ação atingiu boa parte de seu escopo, no tocante, inclusive, a parte dos pedidos dirigidos em face da União Federal.

A fim de melhor vislumbrar-se tal conclusão, de rigor trazer-se a lume os pedidos dirigidos **em face da União Federal**, em cotejo, sobretudo, com as cláusulas 1ª e 2ª do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC”), celebrado com a MICROSOFT.

Com efeito, em relação à UNIÃO FEDERAL formulou o Ministério Público Federal os seguintes pedidos, de condenação do ente público à obrigação de fazer, a saber:

a) apresentar plano emergencial de proteção de dados e informações de todos os seus computadores (desktops, laptops, smartphones, tablets etc.), que porventura utilizem o sistema operacional *Windows 10*;

b) apresentar informações sobre as providências que já adotou ou pretende adotar relativamente aos fatos aqui relatados e, notadamente, diante das considerações que foram apresentadas ao Ministério Público Federal, em 05/2016, pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (documento de fls. 79/82);

c) adotar as providências necessárias para fiscalizar a implementação das obrigações de fazer determinadas por esse r. Juízo, aplicando as sanções cabíveis administrativas, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional *Windows 10*, inclusive, se entender necessário, firmando convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para executar tal fiscalização (tudo conforme arts. 22 e 23 do Anexo do Decreto nº 9.150/2017).

No tocante aos itens “a” e “b”, verifica-se que a própria Microsoft, no acordo celebrado no “TAC”, com o Ministério Público, assim se obrigou nos termos das Cláusulas Primeira e Segunda (Id nº 32345667):

CLÁUSULA PRIMEIRA. Pelo presente termo, a **MICROSOFT se compromete a promover modificação na interface de instalação do *Windows 10*, no formato proposto no Anexo 1, para usuários brasileiros que lhes permita escolher, de forma livre, informada e inequívoca, qual a opção de coleta de dados ele definirá para o seu equipamento, com amplo esclarecimento sobre a coleta de dados pelo sistema.** Para tanto, a MICROSOFT implementará as seguintes alterações no *Windows 10*, no formato do **Anexo 1:**

i) aprimoramentos para **melhorar as informações no produto sobre a privacidade dos consumidores** e melhorias na transparência, **facilitando o acesso às informações sobre os dados de diagnóstico coletados pela Microsoft**;

ii) **os usuários brasileiros conectados à internet terão acesso direto à Política de Privacidade e ao Contrato de Serviços da Microsoft durante o processo de instalação**;

iii) **ao configurar um novo dispositivo o botão/link de acesso à página “Obter mais informações” em cada tela de configuração de privacidade permitirá que os usuários passem diretamente para o texto específico sobre tratamento de dados referente ao reconhecimento de voz, localização, “encontre meu dispositivo”, dados de diagnóstico, experiências personalizadas e o ID de publicidade enquanto estiver escolhendo suas configurações de privacidade.**

PARÁGRAFO PRIMEIRO. Os recursos mencionados devem ser implementados no processo de instalação da próxima versão do Windows 10 em novos dispositivos, bem como na atualização dos dispositivos que utilizem versões anteriores, tal como descrita no Anexo 1.

PARÁGRAFO SEGUNDO. As alterações propostas nesta cláusula – detalhadas no Anexo 1, serão implementadas com o próximo lançamento principal do Windows 10, até no máximo 15 de Agosto de 2020.

PARAGRAFO TERCEIRO. O que previsto na Cláusula Primeira e nos dois parágrafos anteriores aplica-se às versões Windows 10 Home e Windows 10 Pro, ou qualquer outra versão do Windows que venha a ser criada no futuro para uso de consumidores individuais, não englobando as versões corporativas do Windows, o Windows 10 Mobile ou o Windows 10 IoT Core. Referências a Windows 10 neste acordo dizem respeito somente às versões do Windows 10 para uso de consumidores individuais.

Verifica-se assim, que o pedido constante do item “a” da inicial, ou seja, **“apresentar plano emergencial de proteção de dados e informações de todos os seus computadores (desktops, laptops, smartphones, tablets etc.), que porventura utilizem o sistema operacional Windows”**, embora dirigido à União Federal, foi, efetivamente implementado, como compromisso, por parte da Microsoft, não somente em relação aos computadores da União e seus órgãos, mas em relação a todos os usuários (indefinidos) do sistema operacional Windows 10.

Efetivamente, ao comprometer-se a **“melhorar as informações no produto sobre a privacidade dos consumidores e melhorias na transparência, facilitando o acesso às informações sobre os dados de diagnóstico coletados pela Microsoft”**, facilitando o acesso ao *link* da página **“Obter mais informações”** em cada tela de configuração de privacidade permitirá tal providência que os usuários passem diretamente para o texto específico sobre tratamento de dados referente ao reconhecimento de voz, localização, entre outros dados, apresentou a Microsoft um plano não somente emergencial de proteção de dados e informações de todos os computadores que usem o sistema operacional Windows 10, mas de todos os usuários desse sistema.

Ao mesmo raciocínio e dedução se chega, quanto ao pedido contido no item “b” da inicial: condenar a União Federal a **“apresentar informações sobre as providências que já adotou ou pretende adotar relativamente aos fatos aqui relatados e, notadamente, diante das considerações que foram apresentadas ao Ministério Público Federal, em 05/2016, pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça”** (documento de fls. 79/82).

Embora o pedido em questão tenha se dirigido à União Federal, para que o Diretor do de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça informasse quais as providências adotadas em relação aos fatos relatados na inicial, no âmbito do Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81, e que constaram no ofício encaminhado a fl.38: **“Verificar violação ao direito de privacidade/intimidade praticadas pela empresa Microsoft, por intermédio do sistema Operacional Windows 10”**, verifica-se que, na Cláusula Segunda do “TAC” assim se comprometeu a Microsoft:

CLÁUSULA SEGUNDA. A MICROSOFT se compromete a incluir e manter na sua Política de Privacidade, que é parte integrante do Contrato de Serviços, disponibilizada para os usuários brasileiros do Windows 10, cláusulas com os seguintes conteúdos:

i) compromisso da MICROSOFT de observar no tratamento de dados pessoais – **incluída no termo toda operação realizada com os dados pessoais, tais como coleta, recepção, classificação, acesso, reprodução, transmissão, armazenamento, eliminação – além da boa-fé, aos princípios da finalidade e da necessidade, este último definido no inc. III do art. 6º da Lei 13.709/2018** como a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”;

ii) compromisso da MICROSOFT de observar o princípio da transparência, **garantindo aos titulares dos dados pessoais informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento destes dados pelo Windows 10 (arts. 6º, VI, e 9º da Lei nº 13.709/2018, art. 7º, VIII, da Lei 12.956/2014 e art. 6º, CDC);**

iii) compromisso da MICROSOFT de que somente realizará o tratamento de dados pessoais do usuário/consumidor nos termos de sua Política de Privacidade e mediante o fornecimento de consentimento pelo titular, consistente na manifestação livre, informada e inequívoca pela qual concorda com o tratamento de seus dados pessoais para finalidades determinadas, que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação e que estejam devidamente especificadas na Política de Privacidade da Microsoft ou em termos de uso de outras aplicações relacionadas ao sistema operacional **(art. 7º, VII, VIII e IX, da Lei 12.965/2014 e arts. 5º, XII, 7º, I, e 8º, §1 e §4º, da Lei 13.709/2018)**

iv) **informações claras, adequadas e ostensiva acerca do compartilhamento de dados pessoais coletados pelo Windows 10 com terceiros, que dependerá de autorização prévia e específica do usuário/consumidor (arts. 5º XVI e 9º, V,**

da **Lei 13.709/2018**), ressalvadas as hipóteses de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro.

v) **compromisso da MICROSOFT de que o armazenamento/retenção dos dados pessoais coletados não extrapolará o tempo necessário para a realização de propósitos específicos, explícitos e informados ao titular dos dados.**

(...)

Além da assunção de tais obrigações, no tocante a todos os usuários em questão, o que abrange a coletividade, e a proteção da intimidade no tocante a coleta de dados do sistema operacional em questão, de outro lado, é de se ressaltar que **o próprio Ministério Público Federal**, ao celebrar o “TAC” em questão, de sua parte, assumiu, nas **Cláusulas Quarta e Quinta** a responsabilidade pela verificação adequada da conduta da Microsoft às regras acordadas no TAC, e que envolvem o objeto da ação, quanto aos tópicos supra, *verbis*:

CLÁUSULA QUARTA. O Ministério Público reconhece que o Windows 10 é um software em constante desenvolvimento e evolução, consentindo, assim, com futuras alterações na experiência do Windows 10, **desde que essas alterações não sejam menos protetivas de privacidade do que as diretrizes do presente acordo ou do texto de lei vigente.**

CLÁUSULA QUINTA. O Ministério Público obriga-se a verificar a adequação da conduta da MICROSOFT às regras ora dispostas, com o auxílio do Centro Nacional de Perícia – Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise do Ministério Público Federal;

PARÁGRAFO ÚNICO. Ao Ministério Público fica assegurado, em qualquer tempo, acompanhar os atos tendentes ao cumprimento do acordo, com vistas a garantir o adimplemento das obrigações assumidas, respeitados os limites da legislação vigente.

(...)

Tem-se, assim, que, ao menos, **parcialmente**, ainda que por via diversa, com a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), então homologado pelo Juízo, houve **perda superveniente do objeto da ação**, atinente aos pedidos constantes dos **itens “a” e “b”** da inicial, dirigidos à União Federal.

Todavia, de rigor, ao caso, a apreciação **do item “c”**, que, vislumbra-se não foi englobado pelo referido Termo de Ajustamento de Conduta, e nem poderia sê-lo, por envolver a efetiva responsabilização da União Federal, por seus órgãos, quanto aos fatos, notadamente, quanto a suposta **omissão no dever de fiscalização e proteção dos consumidores**, em face dos fatos narrados – suposta violação da privacidade dos usuários do sistema operacional Windows 10 – no Brasil, e a absoluta **“apatia” do órgão encarregado de proteção e defesa do consumidor, em, ao menos, instaurar procedimento investigatório/apuratório, no âmbito de suas responsabilidades.**

No ponto, o pedido no item “c”, da inicial, formulado em face da União Federal foi assim expresso:

“adotar as providências necessárias para fiscalizar a implementação das obrigações de fazer determinadas por esse r. Juízo, aplicando as sanções cabíveis administrativas, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10, inclusive, se entender necessário, firmando convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para executar tal fiscalização (tudo conforme arts. 22 e 23 do Anexo do Decreto nº 9.150/2017)”, .

Verifica-se que, de fato, cabe o prosseguimento do feito, quanto a este pedido da inicial, e que, efetivamente, revela não só a legitimidade para que a União figure no polo passivo do feito, como, vislumbra-se a plausibilidade das alegações do Ministério Público Federal. Ao menos, parcial.

Se não, vejamos.

Inicialmente, de se trazer a lume o relato de que foi apurado no Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81, que a ré MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA teria colocado no mercado, no ano de 2015, e, desde então, comercializado, licenças de uso do Sistema Operacional Windows 10, que se utilizaria do expediente de coleta de informações e dados pessoais de seus usuários, em alguns casos, mesmo sem autorização do usuário.

A matéria posta em Juízo, tal como se consignou por ocasião da apreciação da tutela provisória de urgência, traz à baila questão tormentosa, e que o Poder Judiciário, aos poucos, vem enfrentando, a saber, o debate entre o direito ao livre acesso de dados dos usuários da internet, seja por meio virtual, seja por meio físico, como no presente caso, com o sistema operacional Windows 10, em contraposição ao direito à privacidade, à intimidade, e, em suma aos chamados direitos fundamentais da pessoa humana, em tese, violados com o acesso sem autorização, em questão.

Não há como dissociar a questão trazida nos autos do debate das recentes transformações econômicas e sociais pelas quais a sociedade mundial e brasileira vem passando, com os efeitos da globalização, que, se de um lado trazem inúmeros benefícios, como a conectividade mundial, a interação entre pessoas do mundo inteiro, de outro, geram incômodos e desestabilização para outras inúmeras pessoas, que perderam o controle da situação do seu próprio *status quo*.

O que pode ser oportunidade e chance de ascensão, também se constitui, por vezes, em fator de risco, ou ameaça à segurança, de outro.

Não por outra causa, assistimos nos dias atuais notícias sobre métodos de espionagem, como o ocorrido recentemente na “CIA”, agência americana de espionagem, com o chamado escândalo do “Wikileaks”, que revelou dados de milhões de pessoas, constantes de banco de dados público, gerando grandes repercussões nas mídias sociais.

Recentemente, inclusive, noticiou-se que a rede *Facebook* teria exposto 533 (quinhentos e trinta e três) milhões de usuários, incluindo, brasileiros, dando conta a notícia de que um pesquisador em segurança da informação, de nome Alon Gal, teria confirmado que os

dados obtidos do Facebook “eatriam sendo oferecidos de graça”, o que incluiria número de celular, ID do Facebook e nome completo; em alguns casos, haveria também informações como endereço de e-mail, status de relacionamento (solteiro, noivo, casado), local atual e empresa onde trabalha”; disponível in: <https://tecnoblog.net/428248/vazamento-do-facebook-expoe-533-milhoes-de-usuarios-incluindo-brasileiros/> (<https://tecnoblog.net/428248/vazamento-do-facebook-expoe-533-milhoes-de-usuarios-incluindo-brasileiros/>), acesso em 02/12/2021.

O mesmo ocorreu nas recentes eleições americanas de 2018, que, como é de domínio público, teve cerca de 50 (cinquenta) milhões de usuários com dados supostamente ilegalmente acessados pelo facebook (in: <http://tvuol.uol.com.br/video/eua-e-europa-investigam-vazamento-de-dados-do-facebook-04024D193068C4A16326> (<http://tvuol.uol.com.br/video/eua-e-europa-investigam-vazamento-de-dados-do-facebook-04024D193068C4A16326>)), acesso em 02/12/2021.

São muitas questões delicadas envolvidas nesse movimento que privilegia o fortalecimento e a proteção dos dados dos cidadãos que residem em uma dada divisão geográfica, e tal ocorrência também tem sido vista com frequência no ambiente digital no Brasil.

Não se desconhece que muitos países estão promovendo diferentes medidas para armazenar os dados dos cidadãos no próprio território.

Em novembro de 2017, a Rússia anunciou o bloqueio da rede social *LinkedIn*, o primeiro site a ser proibido no país após a entrada em vigor da lei que estipula às empresas de internet armazenarem as informações dos usuários russos naquele país. A rede social em questão foi acusada de não respeitar nova lei que exigia que os dados de usuários russos fossem armazenados no país (in: <http://www.dw.com/pt-br/r%C3%BAssia-ordena-bloqueio-do-linkedin/a-36423991> (<http://www.dw.com/pt-br/r%C3%BAssia-ordena-bloqueio-do-linkedin/a-36423991>)).

No Brasil, a discussão acerca da guarda de dados e privacidade de informações vem de desde a elaboração do chamado **Marco Civil da Internet**, época em que houve a intenção de incluir um dispositivo na lei obrigando a guarda de dados dos usuários brasileiros no país, mas que, todavia, não chegou a ser aprovado.

Pela lei aprovada, ficou estipulada nos artigos 10 e 11, da Lei 12.965/14 que:

(...)

Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam

contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.

§ 2o O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7o.

§ 3o O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4o As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art.11- “Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”.

Recentemente, ainda, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD ou LGPDP), **Lei nº 13.709/2018**, que regula as atividades de tratamento de dados pessoais e que também altera os artigos 7º e 16 do Marco Civil da Internet, e que, fez o Brasil, segundo a wikipédia, a fazer parte dos países que contam com uma legislação específica para a proteção de dados e privacidade dos seus cidadãos, *verbis: disponível in: “https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais (https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais)”, acesso em 02/12/2021:*

(...)

“O Brasil passou a fazer parte dos países que contam com uma legislação específica para proteção de dados e da privacidade dos seus cidadãos.

Outros regulamentos similares à LGPD no Brasil são o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, que passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os países da União Europeia (UE), e o California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA)[5], nos Estados Unidos da América, implementado através de uma iniciativa em âmbito estadual, na Califórnia, onde foi aprovado no dia 28 de junho de 2018 (AB 375).[6]

A legislação se fundamenta em diversos valores, como o **respeito à privacidade**; à **autodeterminação informativa**; à liberdade de expressão, de informação, comunicação e de opinião; à **inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem**; ao desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; à livre iniciativa, livre concorrência e **defesa do consumidor e aos direitos humanos de liberdade e dignidade das pessoas.**

A LGPD cria um conjunto de novos conceitos jurídicos (e.g. "dados pessoais", "dados pessoais sensíveis"), estabelece as condições nas quais os dados pessoais podem ser tratados, define um conjunto de direitos para os titulares

dos dados, gera obrigações específicas para os controladores dos dados e cria uma série de procedimentos e normas para que haja maior cuidado com o tratamento de dados pessoais e compartilhamento com terceiros. A lei se aplica a toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou que possa ser identificável e aos dados que tratem de origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, sempre que os mesmos estiverem vinculados a uma pessoa natural”.

(...)

Posto o cenário em questão, sem dúvida, que ao Poder Judiciário cabe a tarefa de resolver a lide posta para julgamento, à luz do ordenamento jurídico em vigor, notadamente, da Constituição Federal, que é o norte e a baliza que rege o ordenamento jurídico pátrio, com subsídio, sem dúvida, no caso, da Lei do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), observando que a LGPD, Lei nº 13.709/18, entrou em vigor somente em 14/08/2018, posteriormente ao ajuizamento da presente ação, em 24/04/2018.

Todavia, toda a legislação mencionada contempla, sob diferentes matizes, a questão posta em juízo, no tocante ao **dever e responsabilidade de proteção à intimidade e privacidade aos usuários da internet, inclusive, efetivamente, de eventuais sistemas operacionais, como no caso, em que havia a coleta de dados, e frágeis mecanismos para que o usuário do sistema pudesse, efetivamente, e sem maior conhecimento técnico, impedir tal acesso.**

No caso em tela, ainda no tocante ao pedido remanescente da União, atinente ao seu dever de fiscalização e proteção ao Consumidor, tem-se, que a Portaria IC nº 263, de 24/06/16, da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, instaurou Inquérito Civil, sob o seguinte fundamento (ID nº 6114279, fl.46)::

(...)

“CONSIDERANDO a conclusão da Nota técnica do Núcleo Técnico de Combate aos Crimes Cibernéticos da Procuradoria da República em São Paulo, datada de 13/06/2016, nos seguintes termos: **‘Apesar da Microsoft informar a existência da coleta massiva de dados de seus usuários, esta informação fica disponível em dois documentos extensos, normalmente não acessados pelos usuários que são induzidos a aceitar a instalação mais simples (expressa) durante a instalação ou atualização da ferramenta. A Microsoft também oferece opção de desativação da coleta de dados, no entanto esta tarefa é trabalhosa e complexa.** Usuários domésticos que não possuem familiaridade em customizar aplicativos, certamente terão dificuldade de impedir o envio de seus dados e na maioria das vezes desconhece o real impacto desta falta de privacidade. Usuários que possuem o Windows 7 ou 8 não possuem opção de manter a versão, visto que a própria Microsoft aconselha a atualização para a versão 10. Esta atualização também é induzida pela empresa através de constantes avisos que aparecem diariamente na tela do usuário. **Por fim, alguns testes realizados em empresas americanas informam que mesmo desativando as opções de coleta de dados, o software continua**

encaminhando dados para os servidores da Microsoft Inc. Diante do exposto, entendemos que o Sistema Operacional do Windows versão 10 fere e viola os direitos de privacidade dos seus utilizadores”

Assim, constatou o Ministério Público Federal que, em um primeiro momento, houve o questionamento se, com a atualização que o usuário do sistema Operacional Windows 10 realizava haveria coleta de dados sem autorização do usuário.

A resposta, encaminhada pela própria Microsoft, em princípio, foi afirmativa.

Consoante os termos da Política de Privacidade da empresa (ID nº 6114279), nas quais explicitados os dados coletados, e o modo como eram usados, informou que:

“ A Microsoft coleta dados para atuar de forma eficaz e lhe proporcionar as melhores experiências com nossos serviços.

Alguns desses dados são diretamente fornecidos, como, por exemplo, quando você cria uma conta da Microsoft, envia uma consulta de pesquisa para o Bing, pronuncia um comando de voz à Cortana, faz upload de um documento para o OneDrive ou entra em contato conosco para obter suporte. **Obtemos alguns desses dados ao registrar sua forma de interação com nossos serviços, como, por exemplo, na utilização de tecnologias como cookies e ao receber relatórios de erros ou dados de uso de software que estejam sendo executados em seu dispositivo. Também obtemos dados através de terceiros (incluindo outras empresas).**

(...)

A Microsoft usa os dados que coletamos para lhe disponibilizar nossos serviços, que incluem dados de utilização para melhorar e personalizar suas experiências. Também podemos utilizar os dados para nos comunicarmos com você, por exemplo, para informá-lo sobre sua conta, atualizações de segurança e informações de produto. E utilizamos dados de forma a tornarmos os anúncios que lhe apresentamos mais relevantes para você.

Contudo, não utilizamos o que você diz por email, no chat, na chamada de vídeo nem no correio de voz, bem como, em seus documentos, fotografias ou outros arquivos pessoais para selecionar anúncios para você.

(...)

Compartilhamos dados pessoais com seu consentimento ou conforme necessário para concluir qualquer transação ou fornecer um determinado serviço solicitado ou autorizado. Podemos também compartilhar dados com parceiros afiliados e subsidiárias controlados pela Microsoft; com fornecedores autorizados, quando exigidos por lei ou para responder perante um processo jurídico, para proteger vidas, para manter a segurança de nossos serviços e para proteger os direitos ou a propriedade da Microsoft.

(...)

Você pode visualizar ou editar seus dados pessoais online para muitos dos serviços Microsoft.

Você também pode escolher quais dados são coletados e utilizados pela Microsoft. O acesso ou controle de seus dados pessoais depende dos serviços utilizados. Você sempre pode escolher se pretende receber e-mails

promocionais, mensagens, SMS, chamadas telefônicas ou correio postal da Microsoft. Você pode cancelar a recepção de publicidade com base em interesse da Microsoft, visitando nossa página de cancelamento.

(...)

Quando você entra em sua conta para acessar um serviço, nós criamos um registro dessa entrada. Se você fizer logon em um serviço de terceiros com sua conta da Microsoft, será solicitado seu consentimento para compartilhar os dados de conta necessários para esse serviço.

(...)

O que se constatou, no âmbito do aludido Inquérito Civil, foi que, dos termos da Política de Privacidade da MICROSOFT, verificou, em princípio, que usavam-se os dados coletados dos usuários do sistema para disponibilizar seus serviços, o que, em princípio, ainda, ocorreria, no sentido de “melhorar e personalizar a experiência do próprio usuário”.

Aduziu, todavia, a MICROSOFT, que só havia “**compartilhamento de dados com expresso consentimento do usuário**”, e que o usuário poderia escolher quais dados eram coletados e utilizados pela Microsoft, uma vez que o acesso ou controle de dados pessoais dependeria dos serviços utilizados.

No ponto, efetivamente, muito embora, para além da questão de haver coleta de dados do usuário do sistema operacional Windows 10, o que, em princípio, não ocorria nas versões anteriores, e passou a ser exigido a partir desta atualização (Windows 10), e de a Microsoft informar que tal coleta de dados **se daria com expresso consentimento do usuário**, do ponto de vista jurídico já havia este Juízo consignado que era altamente discutível tal procedimento, **à luz do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que para ter acesso a um produto ou serviço de nível ou qualidade superior (versão 10 do Windows) ou atualizado, o consumidor praticamente teria que abrir mão de sua privacidade.**

Efetivamente, de acordo com as informações da Microsoft, prestadas no Inquérito Civil, aparentemente, a coleta de dados seria algo quase inexorável para que houvesse o correto funcionamento do sistema (atualização de dados, gerenciamento do aplicativo, etc), o que este Juízo efetivamente pôs em dúvida, ao tempo da concessão da liminar:

“Efetivamente, se o sistema operacional Windows 10 atuava de forma a atualizar-se diante de um sistema já existente, por-que a necessidade de coletar dados do usuário, que já teria pago pelo serviço de atualizaçã ? O que, de forma operacional e objetiva não pode ser realizado pela atualização objetiva e simples, sem coleta de dados dos usuários? O funcionamento da atualização depende de cada usuário, de seus dados, de suas opções?”

(...)

Efetivamente, consignou o Juízo que a questão deveria ser dirimida pela via técnica, não cabendo ao Juízo, então, antecipar-se, e, em sede de cognição sumária, exigir que houvesse readequação de todas as licenças e programas de software do sistema operacional da

MICROSOFT, notadamente, o objeto da ação (Windows 10), sem que se pudesse avaliar, efetivamente, e tecnicamente, se isso era possível e viável, se haveria comprometimento do serviço/produto *Windows 10* oferecido pela empresa, entre outros questionamentos.

Tinha-se, então, ao lado da questão jurídica, a questão da técnica/uso do sistema.

De outro lado, embora a Microsoft tenha informado no aludido Inquérito que a disponibilização de dados dos usuários ocorresse **com o consentimento dos interessados**, fato é que, tal como posto na inicial, sem dúvida alguma, vislumbrou o Juízo que **os procedimentos para não habilitação ou desabilitação da coleta de dados, tal como demonstrado pelo Ministério Público Federal, eram, por vezes, de média/alta complexidade, o que, ao ver do Juízo, com base na experiência comum dos usuários de informática, dificultava, ou mesmo, impedia que o usuário final tivesse efetiva disponibilidade de não permitir o acesso aos seus dados.**

Tal como informado, por vezes, seria “mais fácil”, do ponto de vista operacional, que o usuário “concordasse” com os termos propostos (em que havia a coleta de dados), do que, efetivamente, ter que percorrer uma “via crucis” no sentido de não autorizar tal acesso.

Concluiu o Juízo, então, que seria possível afirmar que, por parte da Microsoft, e, de modo geral, das empresas que atuavam na “área de internet”, poderia haver verdadeiro direcionamento a determinados procedimentos, o que, sem dúvida, feria, em princípio, o Código de Defesa do Consumidor, que exige, tal como posto na inicial, de informações claras, precisas, e destacadas, nos termos do artigo 6º, inciso III, e 7º, da Lei 8078/90, e artigo 7º, VI, VII, VIII, IX, e X, e artigo 8º da Lei 12965/14 (Marco Civil da Internet) *verbis*:

(...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Lei 12.965/14:

(...)

Art. 7o O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.;

Pois bem.

Diante desse cenário, e do efetivo questionamento acerca da possibilidade e efetiva falha na forma com que o produto da ré MICROSOFT foi disponibilizado, o sistema operacional Windows 10 dificultava que eventuais usuários pudessem se proteger da eventual coleta de dados pessoais, tendo o Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, e com a instauração do Inquérito Civil, para apurar tais ocorrências, **o mínimo que se esperaria de eventuais órgãos que cuidam da proteção ao consumidor, no âmbito governamental, seria a instauração, de igual modo, de eventual procedimento tendente a fiscalizar/acompanhar a ocorrência de possível lesão a direitos do consumidor.**

Observo que a Constituição Federal retrata o dever do Estado de tratar igualmente a todos e, por conseguinte promover a defesa do consumidor nos termos da lei:

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Para tal fim instituiu-se o CDC (Lei 878/90) com a finalidade de promover a proteção à vontade manifesta do consumidor, que é a parte mais fraca da relação de consumo.

É possível por meio do CDC proteger a vontade do consumidor mediante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de crédito, tendo por base a teoria de negócio jurídico.

Até a promulgação da CF/88 o consumidor não possuía tanta relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, a instituição desta Lei Maior do país promoveu garantias fundamentais ao consumidor, tais como a função da União, Estados e Distrito Federal de legislar sobre produção e consumo, conforme consta no artigo 24, inciso V:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

V – produção e consumo

Outra disposição da CRFB/88 consta no artigo 170, *verbis*:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor

(...)

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

[...]

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor prevê no artigo 4º que a atuação do Estado é importante na proteção e defesa do consumidor:

"Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

(...)

Para a aplicação efetiva da Política Nacional das Relações de Consumo alguns instrumentos foram definidos no CDC:

"Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 2015:789-790)"

Assim, para tutelar os direitos do consumidor, portanto, o Estado, tem o dever de garantir a proteção do consumidor por meio de políticas públicas e acesso à órgãos específicos que possam resolver os problemas oriundos da relação comercial.

A proteção ao consumidor, portanto, tem grande valor para a sociedade moderna, em que o comércio é realizado a todo o momento e, principalmente, a partir as novas formas de fazer comércio, que pode ser realizado em função da tecnologia, sobre plataformas digitais.

No caso em tela, não obstante a União Federal, em contestação, tenha juntado informações do Gabinete de Segurança Institucional e do próprio Ministério da Economia, em que informadas providências adotadas quanto ao sistema operacional dos computadores dos respectivos órgãos, fato é que possui a União Federal, por lei, a obrigação de proteção ao consumidor, tanto que, no âmbito da União, o **Decreto nº 9150/17**, atualmente revogado e substituído pelo Decreto nº 9360/2018, e que estabelecia as competências do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, mencionado, inclusive, em sede de contestação:

(...)

Art. 23. Ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor compete:

(...)

- III - analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores, entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;**
- V - planejar, executar e acompanhar ações de prevenção e repressão às práticas infringentes às normas de defesa do consumidor;**
- V - planejar, executar e acompanhar ações relacionadas com a saúde e a segurança do consumidor;**
- VI - prestar aos consumidores orientação sobre seus direitos e suas garantias;**
- VII - informar e conscientizar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;**
- VIII - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para a apuração de delito contra os consumidores;**
- IX - representar ao Ministério Público, para fins de adoção das medidas necessárias ao cumprimento da legislação de defesa do consumidor, no âmbito de sua competência;**
- X - comunicar e propor aos órgãos competentes medidas de prevenção e repressão às práticas contrárias aos direitos dos consumidores;**
- XI - fiscalizar demandas que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional e aplicar as sanções administrativas previstas nas normas de defesa do consumidor e instaurar averiguações preliminares e processos administrativos;**
- XII - planejar e coordenar as ações fiscalizatórias do cumprimento das normas de defesa do consumidor com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;**
- XIII - propor a adequação e o aperfeiçoamento da legislação relativa aos direitos do consumidor;**
- XIV - acompanhar e avaliar propostas de atos normativos relacionadas com a defesa do consumidor;**
- XV - promover e manter a articulação com os órgãos da administração pública federal, com os órgãos afins dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e com as entidades civis ligadas à proteção e à defesa do consumidor;**
- XVI - elaborar e promover programas educativos e informativos para consumidores e fornecedores quanto aos seus direitos e seus deveres, com vistas à melhoria das relações de consumo;**
- XVII - promover estudos sobre as relações de consumo e o mercado;**
- XVIII - propor à Secretaria Nacional do Consumidor a celebração de convênios, de acordos e de termos de cooperação técnica, com vistas à melhoria das relações de consumo;**
- XIX - elaborar o cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços;**
- XX - acompanhar os processos regulatórios, com vistas à efetiva proteção dos direitos dos consumidores;**
- XXI - acompanhar os processos de autorregulação dos setores econômicos, com vistas ao aprimoramento das relações de consumo;**

XXII - promover a integração dos procedimentos, dos bancos de dados e de informações de defesa do consumidor; e

XXIII - promover ações para a proteção e a defesa do consumidor, com ênfase no acesso à informação.

Vislumbra-se que, em resposta aos questionamentos feitos pelo Ministério Público, no tocante a adoção de providências, no sentido de atuar quanto aos fatos objetos do Inquérito Civil que lastreia a inicial, sob o nº 263: **“invasão de privacidade através do sistema operacional Windows 10, da Microsoft, no tocante a coleta massiva e indiscriminada de dados dos usuários e posterior envio e armazenamento nos servidores da referida empresa, mesmo após o usuário desativar a coleta/envio”**, informou o **Secretário Nacional do Consumidor**, por meio do ofício nº 118/2016/CGEMM/DPDC/SENACON-MJ, de 05/10/2016 que a questão era complexa, e que não se dispunha, até então, de legislação de proteção de dados, mencionando a existência do projeto de Lei nº 5276/2016, que dispunha sobre o tratamento de dados pessoais para garantia do livre desenvolvimento da personalidade, e da dignidade da pessoa, de autoria do Poder Executivo, apresentado em 13/05/2016 (fls.78 e ss, id nº 6114281, pag.50).

De se observar que, muito embora o referido Secretário Nacional do Consumidor reconheça a eventual lacuna legislativa, menciona que alguns comandos da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) previa garantias e direitos dos usuários da internet no Brasil, com o direito a inviolabilidade da intimidade, e do sigilo de comunicações, o não fornecimento de dados pessoais a terceiros, a não autorização da coleta de dados pessoais e seu armazenamento, todos previstos no artigo 7º da referida lei.

Não obstante, mesmo diante dos fatos mencionados no aludido Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Federal, limitou-se a SENACON (Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor) a “propor” à MICROSOFT que “reforçasse as ações nesse sentido, em atenção ao disposto no art. XXI, do art. 23 do Decreto nº 9.150/17”, mencionando expressamente que **“não se furtava a atuar na defesa do consumidor, apenas não o fazendo por meio de processo administrativo sancionatório, de acordo com a discricionariedade permitida por lei no caso em análise”**, *verbis*:

(...)

21. No caso em questão, diante da ausência de lei, o Departamento sugeriu, em sede de consulta realizada ao órgão, propor que a Microsoft reforçasse as ações nesse sentido, em atenção ao disposto no art. XXI, do art. 23 do Decreto nº 9.150/17. Ao mesmo tempo, o DPDC empreendeu esforços para a plena regulação da proteção de dados no Brasil, também de acordo com o referido Decreto (art. 23, inc. XIII, XIV XX).

22. Nota-se, portanto, que o Departamento não se furtou e não se furta a atuar na defesa do consumidor, apenas não o fez por meio de processo administrativo sancionatório, de acordo com a discricionariedade permitida por lei no caso em análise.

23. Ademais, é preciso observar que, consoante consta da própria inicial, a aquisição dos sistemas operacionais ou das máquinas equipadas com os sistemas operacionais Windows 10, foi ação realizada pelo ilustre Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cabendo àquela Pasta expor os motivos e os termos que levaram à aquisição, inclusive no que tange aos mecanismos de proteção dos dados dos usuários.

24. Finalmente, esclarece-se que este Departamento atua na fiscalização e repressão de condutas que lesivas aos direitos dos consumidores, conduzindo rotineiramente investigações e processos sancionadores, no melhor interesse do consumidor. **iv. Conclusão**

25. Tendo em vista as considerações acima, este DPDC espera ter prestado o auxílio necessário à defesa da União no sentido subsidiar a defesa da União.

26. Sugere-se, de tal forma, o encaminhamento do presente documento à Advocacia Geral da União para que possa adotar as providências cabíveis ao caso em tela, buscando a manutenção da exigibilidade da multa, evidenciado seu caráter pedagógico.

(...)

No ponto, efetivamente, o que se vislumbra, por parte do órgão de proteção e defesa ao consumidor da União Federal, DPC, foi que, praticamente se isentou de atuar, ainda que minimamente, com a instauração de eventual processo de apuração acerca dos fatos atinentes à suposta violação da privacidade e coleta massiva de dados dos usuários do sistema operacional Windows 10, ao adotar simples “proposição”/recomendação à MICROSOFT, para que se adequasse ao disposto no art. XXI, do art. 23 do Decreto nº 9.150/17.

Sem dúvida que tal atuação, absolutamente desproporcional, em relação às competências e atribuições da DPDC/SENACON-MJ, que deveria, diante da gravidade dos fatos, minimamente : (...) **III - analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores, entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; (...) V - planejar, executar e acompanhar ações de prevenção e repressão às práticas infringentes às normas de defesa do consumidor; (...) XI - fiscalizar demandas que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional e aplicar as sanções administrativas previstas nas normas de defesa do consumidor e instaurar averiguações preliminares e processos administrativos;**, vislumbra-se a ocorrência de atuação omissiva do órgão em questão, e da União Federal, por consequência.

De se observar que a responsabilidade civil do Estado encontra-se normatizada no art. 37, §6º, da CF/88:

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Deflui do dispositivo legal que o ordenamento jurídico brasileiro agasalhou a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado relativamente aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Para essa teoria, basta que se comprove o dano e a conduta do agente, não importando a existência de culpa.

Ou seja, não se exige o comportamento culposo do funcionário, basta que haja o dano, causado por agente do serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar.

Baseia-se na Teoria do Risco, segundo a qual toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

De se observar, outrossim, que a responsabilidade civil do Estado, também pode advir de uma **conduta omissiva da Administração**.

No entanto, para que reste configurada a omissão ensejadora da responsabilidade, essa precisa estar ligada a um dever-fazer do Estado.

Ou seja, o Estado só responde por omissão quando deveria atuar e não atuou, quando descumprir um dever legal de agir.

Trata-se, portanto, de comportamento ilícito, que pode ser individualizado na pessoa de um funcionário ou de forma genérica, no caso em que se caracteriza a *faute de service*.

Tal responsabilidade, para alguns autores, estaria inserida no contexto da objetiva e, para outros, da subjetiva.

Segundo Weida Zancaner Brunini:

“Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado” (BRUNINI, Weida Zancaner. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981).

Para que reste configurada a responsabilidade civil do Estado, tanto por ato comissivo quanto por ato omissivo, é necessária a comprovação de três pressupostos básicos: o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexos causal entre eles, sendo certo que a ausência de qualquer desses elementos inibe a obrigação de indenizar.

No caso em tela, vislumbra-se ter havido a ocorrência do evento danoso, eis que, muito embora o Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público Federal e a MICROSOFT não implique assunção de culpa, assumiu a empresa de informática compromissos de atuar de forma a preservar a intimidade dos usuários, como:

- mudar a interface do sistema operacional Windows 10, de forma a permitir aos usuários escolher, de forma livre, informada e inequívoca, qual a opção de coleta de dados ele definirá para o seu equipamento, com amplo esclarecimento sobre a coleta de dados pelo sistema;
- compromisso da MICROSOFT de observar o princípio da transparência, garantindo aos titulares dos dados pessoais informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento destes dados pelo Windows 10 (arts. 6º, VI, e 9º da Lei nº 13.709/2018, art. 7º, VIII, da Lei 12.956/2014 e art. 6º, CDC);
- compromisso da MICROSOFT de que somente realizará o tratamento de dados pessoais do usuário/consumidor nos termos
- aprimoramentos para melhorar as informações no produto sobre a privacidade dos consumidores e melhorias na transparência, facilitando o acesso às informações sobre os dados de diagnóstico coletados pela Microsoft;
- usuários brasileiros conectados à internet terão acesso direto à Política de Privacidade e ao Contrato de Serviços da Microsoft durante o processo de instalação;

(...)

Verifica-se, efetivamente, que, não fosse a atuação do Ministério Público Federal no caso, nenhuma das medidas em questão teria sido obtida, e, em efetiva lesão aos consumidores dos serviços que utilizam o sistema operacional em questão, com a constante invasão à privacidade, seja pelas dificuldades para barrar a coleta de dados, seja pela interface, então apresentada, do sistema operacional Windows 10.

Efetivamente, a atuação do Departamento Nacional de Proteção ao Consumidor, no caso, restou aquém do esperado, de forma a caracterizar efetiva **omissão no tocante à apuração e cobrança de atuação da MICROSOFT**, em face do relatado no Inquérito Civil em questão.

Efetivamente, caracterizada a conduta omissiva, quanto ao item “c” da inicial, com a falha na fiscalização pelo órgão público que tem tal atribuição, ainda mais quanto instado para tal, no tocante a sua atuação/dever de agir com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10, de rigor a parcial procedência dos pedidos formulados pela União Federal.

DA RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA DA UNIÃO FEDERAL/INTERESSES COLETIVOS

Muito embora o Ministério Público Federal tenha formulado pedido de condenação à União, para cumprimento de obrigação de fazer, no caso, do item “c” da inicial, de “adotar providências necessárias para fiscalizar a implementação das obrigações”, “aplicando as sanções cabíveis administrativas, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor”, em formular pretensão indenizatória, de se observar que,

tendo havido a constatação da omissão ou defeito na atuação do ente estatal, não sendo possível, no caso, em face, inclusive, do Termo de Ajustamento de Conduta, que a União Federal, no caso concreto, aja, onde não agiu, quando instada, plenamente possível a condenação da União Federal à reparação por danos morais coletivos, pela atuação negligente, em causa que afeta, essencialmente, a coletividade.

No caso, efetivamente, é possível falar-se, quanto a omissão estatal, no dever de indenização por dano moral coletivo, previsto no artigo 13, da Lei nº 7347/85, eis que, Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, houve, pelo ato reprovável omissivo, afetação, de forma inescusável e intolerável dos valores e interesses coletivos fundamentais, observando-se que a condenação em danos morais coletivos tem natureza eminentemente sancionatória, com parcela pecuniária arbitrada em prol de um fundo criado pelo art. 13 da LACP – “fluid recovery”.

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidianda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes. 2. Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano moral coletivo deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais. 3. O dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos, não se compatibilizando com a tutela de direitos individuais homogêneos. 4. A condenação em danos morais coletivos tem natureza eminentemente sancionatória, com parcela pecuniária arbitrada em prol de um fundo criado pelo art. 13 da LACP - fluid recovery -, ao passo que os danos morais individuais homogêneos, em que os valores destinam-se às vítimas, buscam uma condenação genérica, seguindo para posterior liquidação prevista nos arts. 97 a 100 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, Respe nº 1.610.821/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJE: .

Com efeito, a concepção objetiva do dano moral coletivo é a de ser uma "lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade, desvinculando-se, pois, a sua configuração da obrigatória presença e constatação de qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desapareço; diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo etc". (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.136).

Saliente-se, por oportuno, que, "mesmo não detendo personalidade – nos moldes clássicos concebidos pela teoria do Direito –, as coletividades de pessoas possuem valores e um patrimônio ideal que gozam de proteção no âmbito do sistema jurídico [...] É o que se verifica, por exemplo, conforme antes externado, em relação ao direito à preservação do meio ambiente sadio, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à garantia da moralidade pública, ao

equilíbrio e equidade nas relações de consumo, à transparência e à honestidade nas manifestações publicitárias, à justiça e boa-fé nas relações de trabalho, à não-discriminação das minorias, ao respeito às diferenças de gênero, raça e religião, à consideração e proteção aos grupos de pessoas portadoras de deficiência, de crianças e adolescentes e de idosos. Esses destacados interesses, protegidos pelo ordenamento jurídico, inegavelmente, inserem-se na órbita dos valores extrapatrimoniais reconhecidos a uma coletividade. E, sendo assim, qualquer lesão injusta a eles infligida, dada a sua indubitosa relevância social, faz desencadear a reação do ordenamento jurídico, no plano da responsabilização, mediante a forma específica de reparação do dano observado" (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de, op.cit., pp. 127-128) .

Destarte, o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATOS FIRMADOS ENTRE FORNECEDORES DE BENS IMÓVEIS E CONSUMIDORES. DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. "A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em ultima ratio, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores" (REsp 1.303.014/RS, Quarta Turma, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015). 2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade. [...] 6. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018)

Forte nessas considerações, e diante da conduta omissiva da União Federal, do potencial lesivo da ofensa (milhares de usuários do sistema operacional windows 10), o tempo de implementação e adoção de providências (o sistema operacional foi criado e distribuído no ano de 2015), sendo que o "Termo de Ajustamento de Conduta" foi celebrado somente após o ajuizamento da ação, em 2018, com a provável potencialidade lesiva a inúmeros consumidores, que, ou não puderam impedir a coleta de dados pessoais, ou simplesmente, por se sentirem desprotegidos, simplesmente "ignoraram" tão grave ocorrência, ficando desprotegidos, de rigor a fixação dos danos morais, em favor do Fundo de Direitos Difusos, previsto na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), em seu artigo 13, que assim dispõe:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

Assim, considerando o caráter sancionatório da condenação, com o intuito de prevenir eventual continuidade da conduta omissiva, em casos futuros, bem como, o dano causado, notadamente diante dos seus reflexos na coletividade dos consumidores lesados, e que a indenização deve permitir aos lesados, no caso, por meio do fundo de direitos difusos, realizar atos voltados à melhoria do bem lesado (intimidade, privacidade, etc), mas, considerando, por fim, que o valor a ser pago recairá sobre os próprios cofres públicos – pagos, em última instância, pela própria massa de contribuintes/cidadãos, e, considerando as balizas jurisprudenciais para casos semelhantes, notadamente, destaca o Juízo, o Respe nº 1.152.541/RS, que pondera que deva levar-se em contra o binômio: interesse jurídico lesado e circunstâncias do caso concreto, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ). 9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 13/09/2011).

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, “D”, DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos

morais individuais. **No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.** Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. Recurso especial provido. (REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019)

E:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENERGIA ELÉTRICA. SUSCITADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS, DA CONDUTA OU DO NEXO CAUSAL. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO, FIXADO EM R\$ 50.000,00, QUE NÃO SE AFIGURA EXCESSIVO OU DESPROPORCIONAL. VERIFICAÇÃO DE OFENSA A NORMAS INFRALEGAIS. NÃO CABIMENTO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DA AUTARQUIA FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O valor da indenização por danos morais somente comporta redução, em sede de Recurso Especial, quando exorbitante ou desproporcional, o que não aconteceu no presente caso, em que o montante de R\$ 50.000,00 se mostra adequado diante da lesão aos consumidores indicada pelo acórdão recorrido. Agravo Interno da Autarquia Federal a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 854.214/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2019, DJe 06/06/2019)

Forte nessas considerações, fixa o Juízo o valor dos danos morais, devidos pela União Federal, em favor do Fundo de Direitos Difusos, previsto no artigo 13, da Lei nº 7347/85, no importe de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, a ser atualizado, com juros e correção monetária, a partir da presente decisão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal, em face da União Federal, para o fim de reconhecer a **omissão da União Federal** em apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, apuradas no Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81, atinentes à empresa Microsoft Informática Ltda, pela colocação no mercado, no ano de 2015, da licença de uso do Sistema Operacional *Windows 10*, em diversas versões, para uso em computadores pessoais e profissionais, com violação a privacidade e intimidade dos consumidores.

Por consequência, condeno a UNIÃO FEDERAL ao pagamento de danos morais coletivos, em favor do Fundo de Direitos Difusos – artigo 13, da Lei nº 7347/85- no valor que arbitro em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor a ser atualizado, com juros e correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, a partir da presente decisão.

Honorários sucumbenciais:

Não obstante a sucumbência parcial da União Federal, observo que, nos termos do artigo 128, §2º, inciso II, “a”, da Constituição Federal, é vedado ao Ministério Público “receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais”.

Nesse sentido:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO. Longe fica de vulnerar o inciso II, do § 5º do artigo 128 da Constituição Federal pronunciamento judicial no sentido de não se mostrarem devidos honorários advocatícios em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público e julgada procedente considerada a articulação de a verba ser recolhida à Fazenda Pública” (RE 428.324, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Dje 5.11.2009).

No sentido, igualmente, de não serem cabíveis honorários advocatícios em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública, os seguintes precedentes: AgInt no REsp 1.736.894/ES, Rel.Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE 10/09/2018; Respe n.1.626.443/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJE 27/08/2018; AGRg no ARESp 197.740/RJ, Rel.Ministro Sergio Kukina, Primeira Turma, DJE 30/08/2017; Respe 1.447.031/RJ, Rel.Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE 22/02/2017.

Sentença sujeita a reexame necessário, por força da aplicação analógica do disposto no artigo 19, da Lei nº 4.771/65.

P.R.I.

São Paulo, 02 de dezembro de 2021.

CRISTIANE FARIAS RODRIGUES DOS SANTOS

Juíza Federal

Assinado eletronicamente por: **CRISTIANE FARIAS RODRIGUES DOS SANTOS**

06/12/2021 14:25:43

<https://pje1g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: **170572583**



2112061425433980000016427614

IMPRIMIR

GERAR PDF